

COUR ADMINISTRATIVE

**Numéro 23053C du rôle
Inscrit le 13 juin 2007**

AUDIENCE PUBLIQUE DU 16 OCTOBRE 2007

**Recours formé par la société ..., ...
contre trois bulletins émis par le bureau d'imposition Sociétés 2
en matière d'impôt
- Appel -
(jugement entrepris du 7 mai 2007, n° 21466 du rôle)**

Vu l'acte d'appel déposé au greffe de la Cour administrative le 13 juin 2007 par Maître Jean-Pierre WINANDY en nom et pour compte de la société anonyme ..., ayant son siège social à ..., immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, contre un jugement rendu en matière d'impôt par le tribunal administratif en date du 7 mai 2007, à la requête de l'actuelle appelante tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'un bulletin de l'impôt sur la fortune pour l'année 2004, émis à son égard le 31 août 2005 par le bureau d'imposition Sociétés 2, ainsi que des deux bulletins de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour les années 2002 et 2003, également émis à son égard le 31 août 2005 par le bureau d'imposition Sociétés 2 ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 13 juillet 2007 par M. le délégué du gouvernement Jean-Marie Klein ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative par Maître Jean-Pierre WINANDY le 10 août 2007 en nom et pour compte de la partie appelante ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le conseiller rapporteur entendu en son rapport et Maître Jean-Pierre WINANDY, ainsi que M. le délégué du gouvernement Jean-Marie Klein en leurs plaidoiries respectives.

La société anonyme de droit luxembourgeois ... finança l'acquisition d'une demande de brevet pour un médicament humain moyennant différents prêts lui accordés au cours des années 2000 à 2003 par sa société-mère de droit luxembourgeois régie par le régime de société « holding ».

Par courrier du 2 août 2005, le bureau d'imposition Sociétés 2 de la section des sociétés du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « bureau d'imposition », informa la société ... de ce qu'il projetait, dans le cadre de la fixation de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt sur la fortune pour les années 2002 et 2003, de requalifier les prêts accordés par la société-mère « *en capital occulte* » et les intérêts payés en contrepartie en « *distributions occultes à soumettre en tant que telles à la retenue d'impôt visée à l'art. 146 LIR* ».

La société ... ayant objecté contre ce projet d'imposition par courrier du 16 août 2005, le bureau d'imposition émit le 31 août 2005 à son encontre un bulletin de l'impôt sur la fortune au 1^{er} janvier 2004, lui imputant une fortune imposable de 7.847.000.- € et fixant une cote d'impôt sur la fortune de 39.235.- €, ainsi que deux bulletins de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour les années 2002 et 2003 qui fixèrent des cotes de retenues de 37.477,23 € et de 54.149,14 € du chef de « *distributions occultes* ».

Une réclamation introduite par la société ... le 25 novembre 2005 devant le directeur de l'administration des Contributions directes contre les susdits bulletins de l'impôt sur la fortune et de la retenue d'impôt du 31 août 2005 étant restée sans réponse, la société ... a fait introduire un recours contentieux tendant à la réformation, sinon à l'annulation de ces mêmes bulletins du 31 août 2005.

Par jugement du 7 mai 2007, le tribunal administratif a déclaré irrecevable le recours subsidiaire en annulation, ainsi que le recours en réformation dirigé contre le « *bulletin d'établissement de la fortune au 1^{er} janvier 2004* » ; a reçu le recours en réformation en la forme dans la mesure où il visait les deux bulletins de la retenue d'impôt sur revenus de capitaux mobiliers pour les années 2002 et 2003 ; au fond, l'a déclaré partiellement justifié et, par réformation du bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour l'année 2002, a fixé le montant de la distribution cachée de bénéfices et, en conséquence, la retenue d'impôt à 0 € et par réformation du bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour l'année 2003, a fixé le montant de la distribution cachée de bénéfices à $(38.166,66 + 26.093,64 + 2.864,17 =) 67.124,47$ € et celui de la retenue d'impôt à $(67.124,47 \times 20\% =) 13.424,89$ €.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 13 juin 2007, Maître Jean-Pierre WINANDY, agissant en nom et pour compte de la société ..., a relevé appel du susdit jugement.

L'appelante, à travers son acte d'appel, ensemble son mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 10 août 2007, critique les premiers juges en ce qu'ils n'ont que partiellement réformé le bulletin de la retenue pour 2003, d'une part, et en ce qu'ils ont déclaré irrecevable le recours en réformation dirigé contre le bulletin de la fortune, d'autre part.

Concernant le bulletin de la retenue pour 2003, l'appelante soutient en substance que ce serait à tort que les premiers juges, après être revenus sur la requalification des conventions de prêts

opérée par le bureau d'imposition, ont retenu que les paiements d'intérêts à sa société-mère constituaient une distribution cachée dans la proportion du dépassement d'un taux d'intérêt moyen de 4 % l'an, c'est-à-dire en ce qu'ils ont retenu que le taux d'intérêt maximum déductible serait de 4 % en 2003.

L'appelante critique plus particulièrement la décision des premiers juges de ne tolérer qu'une marge financière de 0,5 à 2 % au-dessus du taux euribor compte tenu de la réalité de la vie économique des entreprises.

Elle met en exergue deux exemples de comptes d'entreprises incluant des prêts portant intérêt au taux euribor augmenté d'une marge financière de respectivement 2,25 et 5 % et elle soutient que plus les risques de l'activité financée sont élevés plus la prime de risque est importante.

Elle relève encore une décision du 14 juillet 2004 de la Commission Européenne en rapport avec une aide d'Etat accordée par l'Allemagne en faveur de MobilCom AG, dont il se dégagerait qu'un taux d'intérêt calculé par rapport au taux euribor majoré de plus de 2% ne serait pas contraire au principe de libre concurrence auquel est soumis le monde des affaires et elle fait état d'autres exemples de taux d'intérêt largement supérieurs au maximum de 4 % retenu par le tribunal administratif.

Sur ce, elle estime que le taux d'intérêt qu'elle redevait à sa société-mère n'est pas excessif ; que la différence correspond au risque élevé qui serait donné en l'espèce ; que l'on ne peut lui reprocher de ne pas avoir procédé à la renégociation des prêts, dès lors que la marge entre le taux fixé et le taux du marché n'aurait pas été manifestement excessive et qu'elle ne disposait d'aucune source de financement alternative ; que la circonstance que la prime de risque en 2003 est plus élevée que celle de 2002 ne porterait pas à conséquence, dès lors que les primes de risques seraient évolutives et notamment fonction de « *considérations tenant aux facteurs économiques globaux* » et de l'évolution du risque et enfin que les circonstances factuelles et, plus spécialement, la réalisation d'une augmentation de capital par conversion de prêts associés pour un montant de 2.000.000.- EUR réalisée le 3 novembre 2003, témoignerait de ce qu'il n'y aurait pas eu d'intention de retirer indûment de l'argent par le biais des prêts que sa société-mère lui a accordés.

Concernant le bulletin de la fortune, l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir déclaré irrecevable son recours qui serait manifestement dirigé contre le bulletin d'établissement et non pas contre le bulletin d'imposition et que cette façon de procéder serait conforme aux dispositions légales applicables.

Dans son mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 4 juin 2007, le délégué du gouvernement conclut au rejet de l'appel.

Concernant les exemples mis en avant par l'appelante où le taux appliqué a été supérieur à 4%, le délégué du gouvernement estime que l'argument est faible, dans la mesure où la société-mère s'était contentée pour 2002 d'une prime de risque bien inférieure à celle que le tribunal admet pour 2003.

Concernant le bulletin de la fortune, il relève que l'appelante aurait omis d'attaquer le bulletin d'établissement, qu'elle reconnaîtrait par ailleurs avoir reçu, et il soutient que le tribunal aurait eu raison de ne pas admettre un recours direct contre une simple base d'imposition.

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

QUANT AU BULLETIN DE LA RETENUE POUR 2003

L'appelante ayant pour l'essentiel obtenu satisfaction dans ses autres prétentions y relativement et l'Etat n'ayant pas interjeté appel incident, le seul point restant litigieux en ce qui concerne le bulletin de la retenue pour 2003 concerne la qualification des paiements d'intérêts par l'appelante à sa société-mère dans la proportion du dépassement d'un taux moyen de 4 % l'an, étant précisé que les premiers juges ont retenu que le taux d'intérêt maximum déductible était de 4 % pour ladite année.

Force est de constater que le tribunal a considéré que, sur base de la situation concrète de la société appelante et des risques inhérents à l'octroi des prêts litigieux, la prime de risque maximale rentrant dans les conditions normales de marché (principe du « *dealing at arm's length* ») est à fixer à 1,7 % et que pour prospérer dans son recours, l'appelante est appelée à justifier concrètement en quoi les données spécifiques de la cause justifient les suppléments de prime de risque par rapport au montant limite retenu par le tribunal administratif, soit 0,5 % ; 1 % et 2 % en 2003 (au regard du taux euribor approximatif de 2,3 % et des encours de prêts aux taux de 4,5, de 5 et de 6%).

Or, pareille justification n'est pas apportée en l'espèce.

En effet, même à admettre qu'une prime de risque puisse être supérieure à la limite de 2 %, tel que retenue par le tribunal, sur base de son constat - non autrement précisé quant aux sources prises en compte – de ce que d'après les « *habitudes du marché* », les taux du marché afférents se situent entre 0,5 % et 2 %, il ne se dégage pas des éléments d'appréciation en quoi les conditions particulières de la cause justifieraient économiquement une prime de risque dépassant le seuil limite de 1,7 % admis en première instance.

Le fait que moyennant ce chiffre de 1,7 un taux d'intérêt « rond » de 4 % est obtenu, procède certes d'une certaine simplification et forfaitarisation, mais cet état des choses n'est cependant pas pour autant de nature à justifier les suppléments de prime de risque revendiqués.

Il s'y ajoute que contrairement à l'argumentation de l'appelante, le fait qu'au cours de l'exercice 2002, le taux d'intérêt moyen payé par l'appelante à sa société-mère a été de 4,86%, ce qui permet de dégager, eu égard à un taux moyen euribor pour cette année d'approximativement 3,40 %, qu'une prime de risque de seulement 1,46 % était acceptée par la société-mère pour cette année, ne manque pas de pertinence, mais appelle l'appelante, qui soulève le caractère évolutif des primes de risque, d'explicitier et de documenter en quoi il y ait eu une augmentation du risque pour ce qui concerne l'année 2003.

Par ailleurs, dans cet ordre d'idées, les premiers juges ont encore insisté à bon escient sur le fait que l'appelante n'a pas réagi par rapport à l'évolution des cours d'intérêt sur le marché (le taux moyen approximatif euribor étant descendu en 2003 à 2,30%), mais a continué docilement à payer les intérêts antérieurement fixés, alors que tout créancier moyennement prudent et diligent aurait pour le moins essayé de tirer profit de la clause de renégociation du taux des différents prêts insérée dans chacune des conventions conclues.

Egalement sous ce rapport, il n'y a pas lieu d'entériner le raisonnement de l'appelante qui, estimant ne pas se trouver « *sur le marché* », argumente avoir été en droit de ne s'être comportée comme si elle s'y trouvait. En effet, sauf à cautionner que les stipulations contractuelles (*i.e.* la clause de renégociation) puissent être purement factices, son comportement est à qualifier par référence au créancier moyennement prudent et diligent agissant sur le marché en ce que ce dernier aurait incontestablement cherché à user d'une clause permettant une diminution du coût de ses financements. Le reproche mis en avant par les premiers juges est donné et il ne manque pas de pertinence.

Les considérations qui précèdent ne sont pas contredites par le document intitulé « *assessment of credit* », établi, à la demande de l'appelante, par la ... en date du 12 septembre 2007, étant relevé que cette pièce renseigne certes un niveau de risque certain, mais il n'établit pas une augmentation du risque et elle ne saurait justifier à elle seule les suppléments de prime dont la prise en compte est sollicitée.

Il suit des considérations qui précèdent que l'appel laisse d'être fondé sous ce premier rapport.

QUANT AU BULLETIN DE LA FORTUNE

Les premiers juges ne sont point non plus critiquables en ce qu'ils ont dégagé l'irrecevabilité de ce volet du recours de la circonstance que la demanderesse initiale, dans sa requête introductive de la première instance, attaque indiscutablement l'« *établissement de la fortune au 1^{er} janvier 2004* » du 31 août 2005, joignant à sa requête, le seul bulletin de l'impôt sur la fortune du 31 août 2005.

En effet, l'établissement de la fortune n'est pas attaquant comme chef distinct du bulletin de l'impôt sur la fortune, mais doit être attaqué dans le cadre d'un recours dirigé contre le bulletin d'établissement proprement dit. Or, la demanderesse initiale a manifestement manqué de ce faire.

Il s'ensuit que l'appel n'est pas non plus fondé sous ce rapport.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que le jugement entrepris est à confirmer dans toute sa teneur.

Par ces motifs,

la Cour, statuant à l'égard de toutes les parties,

reçoit l'appel du 13 juin 2007,

dit l'appel non fondé et en déboute,

partant **confirme** le jugement entrepris du 7 mai 2007,

condamne l'appelante aux frais de l'instance.

Ainsi jugé par :

Jean-Mathias Goerens, vice-président,
Marc Feyereisen, conseiller,
Henri Campill, conseiller rapporteur,

et lu par le vice-président Jean-Mathias Goerens en l'audience publique au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête en présence du greffier de la Cour Anne-Marie Wiltzius.

le greffier

le vice-président